

היום 23/2/09  
מ/א/ג

בני"צ 3251/06

בניית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. עמותת רופאים לזכויות אדם
2. מרכז אל-מיזאן עזה
3. בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
4. מרכז עזה לבריאות הנפש
5. האגודה לזכויות האזרח בישראל
6. התעוד הציבורי נגד עינויים בישראל

ע"י ב"כ עו"ד מו ספרד

טל: 03-5607345 פקס: 03-5607346

ראו עו"ד ע. בשארה ואח' מתאגדה

לזכויות האזרח

טל: 6521218 פקס: 6521219

העותפים

נ ג ד

1. שר הבטחון

2. ראש המטח הכללי של צה"ל

שניהם על ידי פרקליטות המדינה,

משך המשפטים ירושלים

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת כ"כ השופט גרוניס מיום 16.4.06, מתכבדים המשיבים להיש תגובתם המקדמית לעתירה כדלקמן.

2

2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה למערכת הבטחון לשנות את ההוראות החלות בתחום מבצעי מובהק, דהיינו טווחי הבטחון בעת ביצוע ירי ארטילרי כלפי משגרי רקטות קסאם ברצועת עזה.

3. כבר בראשית הדברים יובהר כי ההוראות המבצעיות נושא העתירה דין עלות בקנה אחד עם דיני הלחימה של המשפט הבין לאומי. הוראות מבצעיות אלה מחייבות את מפקדי הכוחות הפועלים בשטח, ואופן יישומן בזמן נתון מסור להכרעתו של המפקד המוסמך, שבגיבוש החלטתו מצווה לפעול על-מיהן. לענייננו הוראות אלה מבקשות לאזן בין הצורך הצבאי שבמיגור ירי רקטות הקסאם והגנת חייהם של אזרחי ותושבי מדינת ישראל ובין הנזק שעלול להיגרם לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה אגב ירי זה, כאשר נעשה ניסיון מתמיד למנוע או למזער, עד כמה שניתן, את הנזק האמור.

4. עמדת המשיבים בתמצית הינה, כי דין העתירה להידחות על הסף הן כיוון שמדובר בעתירות מן הסוג שבית המשפט הנכבד אינו דן בהם, מכיוון שהיקף ההתערבות השיפוטית בברירת אמצעי הלחימה בהם יעשה שימוש, והאופן בו יעשה שימוש באותם אמצעים מצומצם ביותר, אם בכלל; והן בשל אי מיצוי הליכים מצד העותרים, אשר הגישו את העתירה זמן מבל שקדמה לה פנייה ראויה למשיבים. למעלה מן הצורך, יטענו המשיבים, כי דין העתירה להידחות אף לגופו של עניין בהעדר כל עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בסוגיה נושא העתירה, הכל כפי שיפורט להלן.

#### ההתערבות השיפוטית בפעולות לחימה

5. המשיבים יטענו, כי דין העתירה להידחות על הסף, מאחר ועניינה של עתירה זו אינו ממין העניינים שבית המשפט הנכבד יידרש אליהם, מבחינה מוסדית. העתירה זנן מבקשת לערב את בית המשפט הנכבד בברירת אמצעי הלחימה בהם יעשה שימוש, והאופן בו יעשה שימוש כאמור, ולגרור את בית המשפט הנכבד לוירת הלחימה, ולשיקולים צבאיים-מבצעיים בניהולה. לדידם של המשיבים אין להיעתר לדרישה זו של העותרים, כפי שיפורט הלן.

6. למעשה מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למפקד הצבאי מהי המתכנת לפעילות המבצעית הנקטת נגד משגרי רקטות קסאם מרצועת עזה לעבר ישראל, על מנת לסכל את פעילותם של משגרי הקסאם ולהגן על בטחון ותושבי ישראל וחייהם.

7. העותרים מבקשים להביא את בית המשפט הנכבד אל תוכה של זירת הלחימה הסבוכה המתנהלת ברצועת עזה, בה מתקבלת ההחלטה כאשר לאופן בו יתבצע ירי ארטילרי לעבר משגרי רקטות הקסאם. לזיזים של המשיבים, בנסיבות העניין בכללותו, נראה כי אין לכך מקום.

8. מדינת ישראל מצויה כיום, למרבה הצער, במהלכו של עימות מזוין מול גורמי הטרור הפלסטיניים, אשר במסגרתו שמו לעצמם גורמים אלה למטרה, לפגוע באזרחים ובאנשי כוחות בטחון ישראלים. במסגרת זו, פועלים בשטח כוחות שונים התוקפים באמצעות ירי רקטות קסאם מטרות ישראליות, וגורמים לפגיעות כנפש וכרכוש. גורמי הבטחון עושים ככל יכולתם לסכל פעילות עוינת זו. כחלק ממאמץ זה ננקטות מגוון פעולות המתרחות על פי דיני הלחימה.

9. כאמור לעיל, דרישת העותרים כי בית המשפט יכנס אל זירת הלחימה ויבחן פעולות ואמצעי לחימה מבצעיים מובחנים, אלה או אחרים, המבוצעים ומופעלים במהלך לחימה זו, היא דרישה שאין להיעתר לה, מאחר ומדובר בנושא אשר בית המשפט הנכבד אינו נוטה להתערב בו בשל אופיו וסיבו.

ראה לעניין זה אמירתו של כב' מ"מ הנשיא (כתוארו אז) שמגר, בבג"ץ 102/82. לאה צמל ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד (3), 365, לפיה "יש נושאים אשר עניינם מבצעי הצבא ופעולות מלחמה ונושאים דומים לאלו, אשר אינם שפטים בבית משפט זה בשל אופיים וטיבם".

לענייננו, יפים אף דבריו של בית המשפט הנכבד, בעניינה שעניינה חוקיות השימוש בפגז פלאשט בלחימה (בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד (4) 193, 195-196):

"העותרים ביקשונו לאסור על הצבא את השימוש בפגזי פלאשט. משנוכחו כי השימוש בתחמושת זו אינו אסור על-פי דיני המלחמה, אין בקשת העותרים יכולה להתקבל. הלכת היא מלפנינו, כי "ברירת אמצעי הלחימה בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית-משפט זה יראה מקום להתערב בהם" (בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד (1) 31).  
מעבר לצורך נציין, כי המשיבים הניחו את דעתנו כי היקף השימוש בתחמושת זו חוסדר על-ידי צה"ל בכללים המחייבים את מפקדי הכוחות הפועלים בשטח. ההכרעה בשאלה, אם התנאים השוררים בזירת הלחימה, בכל מקרה נתון מצדיקים שימוש בפלאשט, נתונה כמובן להכרעתו של המפקד המוסמך, שביבוש החלטתו מצווה לפעול על-פי ההנחיות המקצועיות שבעיקרו נתנו למנוע פגיעה בתושבים שאינם מעורבים בפעילות חמסנית את חיילי צה"ל או את אזרחי ישראל" (הודגשות הוספו).

בדומה, בבג"ץ 3022/02 קאנון - הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה נ' אלוף יצחק איתן, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (3) 9, נתבקש בהחלט הנכבד להורות לצה"ל להימנע מלפגוע באוכלוסייה האזרחית במחנה הפליטים גינין ובאזורים אחרים בהם פעל צה"ל, ולצורך כך להימנע מלהפגין ולפגוע במטרות אזרחיות ובאזרחים באמצעות

מטוסים, טנקים, או כל כלי נשק אחר. בתגובה לכך, קבע בית המשפט הנכבד מפורשות, כי בעת הלחימה לא ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית ולתת סעדים אפקטיביים חנוגעים לדרכי פעולה מבצעית. כלשון ביחמ"ש:

"בפתח תשובתה לעתירה טענה המדינה, כי בעת הלחימה לא ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית ולתת סעדים אפקטיביים חנוגעים לדרכי פעולות מבצעית. לגוף העניין הסבירה המדינה, כי במהלך הלחימה אכן נסגרו אזרחים ונחרסו בתים, הגם שצה"ל עושה, ככל הניתן, בתנאים הקשים של לחימה כנגד מחבלים הפועלים מתוך מקומות שבהם נמצאת אוכלוסיה אזרחית, כדי למזער את הפגיעה באזרחים. כך, ניתנה התראה מוקדמת לאוכלוסיה האזרחית, שנדרשה לצאת מאזור הלחימה, אלא שזו לא שעתה להתראת. זכרון האתמול, בגדר מאמציו של צה"ל להימנע מפגיעה באזרחים, לא נעשה שימוש במלוא כוח האש העומד לרשות הצבא, וכוחותינו בתוך מחנה גנין נעו מבית לבית. בדיון בפנינו הסכים עורך-הדין דן יקר, בא-כוח האגודה לזכויות האזרח בישראל, כי האוכלוסיה האזרחית במחנה גנין מוחזקת כבת-ערובה על-ידי הלוחמים מתוכה. טענת הסף שטענה המדינה מקובלת עלינו. אף אנו סבורים, כי לא ניתן עניינית ומוסדית לתת את הסעדים המבוקשים על-ידי העותרים. ברם, אף לגוף העניין, יש לדחות את העתירה, שכן, מתשובת המדינה עולה, כי צה"ל אכן עושה מאמצים כדי למנוע, או למצער למזער, את הפגיעה באזרחים. בגדר מאמצים אלו אף נפלו חיילים, ופעילות צה"ל מבוצעת תוך שמירה על חיי חיילינו, בתנאי לחימה קשים, כאשר, כדברי עורך-הדין יקר עצמו, הלוחמים נדגנו מחויקים באוכלוסיה האזרחית כבת-ערובה." (ההדגשות הוספו)

10. האמור לעיל נכון מקל וחומר במקרה דנן, בו עוסקת העתירה בהחלטות מבצעיות המתקבלות בצה"ל, באשר לאמצעים ושיטות הלחימה בהם יעשה שימוש כנגד אותם טרוריסטים המשגרים רקטות קסאם לשטחי מדינת ישראל. טיעון זה מקבל משנה תוקף לגבי פעולות צה"ל, המבוצעות בשטח רצועת עזה, משעזבו חיילי צה"ל כליל את הרצועה. שכן שם מדובר עתה בפעילות לחימתית המבוצעת בשטח זר מחוץ לגבולות המדינה, שבו אין למדינת ישראל תפיסה לוחמתית, ודומה הוא בעיקרו לשטח של מדינה זרה, שמתוכו מבוצעת פעילות לחימה נגד מדינת ישראל.

המדינה סבורה שמעולות לחימה ובפרט אלה המבוצעות על-ידה בשטחים שמחוץ למדינה ושאינם תחת שליטתה, אינן ממין העניינים שבית המשפט הנכבד נדרש להם.

### דחיית העתירה על הסף עקב העדר פנייה ראויה למשיבים עובדי להגשתה

11. המשיבים יטענו כי דין העתירה להידחות על סף, אף נוכח אי מיצוי הלכים מצד העותרים, אשר מן לבית המשפט הנכבד בעתירה זו, על יסוד פרסום עיתונאי, מבלי להקדים להגשתה פנייה מסודרת למשיבים, זמן סביר קודם להגשת העתירה.

12. אמנם, כעולה מן העתירה, פנייה בנושא נשלחה למשיבים בסמוך לערב חג הפסח, ואולם, העותרים כלל לא טרחו לברר האם פנייתם נתקבלה בידי המשיבים, מתי נתקבלה ומהו סטאטוס הטיפול בפנייה, ומיד לאחר תום החג והשבת שלאחריו הגישו העתירה לבג"ץ. בנסיבות אלו, על פי החלכה הפסוקת, דינה של העתירה להידחות עקב אי מיצוי הלכים מצידם של העותרים.

לענייננו יפים, אפוא, דבריו של כ"י השופט זמיר בבג"ץ 2624/97 ידיד נ' ממשלת ישראל, כ"ד (א) 71, בעמ' 83-82, כדלקמן:

"עוד הערה אחת לסיום. כלל חוא שאדם חייב, לפני שהוא מגיש עתירה לבית משפט זה, למצות את הסעד המינהלי, כלומר, לפנות אל הרשות המוסמכת מבעוד זמן, לבקש ממנה שתפעיל את סמכותה, לתת לה שהות לשקול את הבקשה, לפי נסיבות המקרה, ולקבל ממנה תשובה אשר, לדעתו, אינה עומדת במבחן החוק. במקרה זה נראה כי רוב העותרים, בהיותם עורכי דין, היו מודעים לחובת המיצוי של הסעד המינהלי. הם אף שילמו מס שפתיים לחובה זאת. אך, בנסיבות המקרה, הם לא יצאו ידי חובה..."

### התייחסות לגופו של עניין

13. למעלה מן הצורך, מאחר ולדידם של המשיבים דין העתירה להידחות על סף, יטענו המשיבים, כי דין העתירה להידחות אף לגופו של עניין. וזאת, בהעדר עילוף להתערבות בית המשפט הנכבד בפעילותו של צה"ל נגד הטרור הפלסטיני היוצא מרצועת עזה, המתבצעת בהתאם לדין הבינלאומי המסדיר פעילות מסוג זה.

14. כידוע, על אף יציאת כוחות צה"ל מרצועת עזה, וסיום הממשל הצבאי באזור, ממשיכים ארגוני הטרור לבצע פעולות טרור כנגד מדינת ישראל, וכנגד אזרחיה ותושביה, מתוך שטח רצועת עזה. בכלל זאת, ממשיכים ארגוני הטרור בידי של רקטות קאסם ושל פצצות מרגמה מאזור רצועת עזה לעבר יישובי דרום הארץ ועוטף רצועת עזה, בכוונה לפגוע באזרחים חפים מפשע.

15. המאמץ הצבאי להפסקת הירי מתחומי רצועת עזה לשטח מדינת ישראל הינו מאמץ מורכב. זאת, בין היתר, לאור מאפייני הפעילות של ארגוני הטרור, ובעיקר, העובדה כי פעמים רבות פעילות הטרור של ארגוני הטרור מבוצעת במכוון מתוכנני אזורי מגורים, המאוכלסים בצפיפות על-ידי תושבים מקומיים, שאינם מעורבים בפעילות הטרור, או ממקומות סמוכים אליהם. פעילי הטרור גם אינם נמנעים מלכצע את ירי הטילים ופצצות המרגמה מחצרות של בתים פרטיים, או בסמיכות אליהם, ונוך שחם מסתייעים בחסות הבתים על מנת להסתתר מכוחות צה"ל הפועלים לאתרם ולסכל את המשך הירי. צעדים אלה סותרים כמובן מכמה וכמה בחינות את הוראות דיני החלימה של המשפט הבינלאומי.

16. יצוין כי במהלך לחימת צה"ל נגד ירי הקסאמים מרצועת עזה, ננקטו מספר דרכי פעולה צבאיות לגיטימיות, שמטרתן הינה אחת – מתן מענה ביטחוני הולם לתושבי מדינת ישראל, כנגד חוליות טרור המשגרות רקטות הקסאם לעבר שטחי מדינת ישראל.

17. אחד מאמצעי החלימה בהם נעשה שימוש בחלימה כנגד ירי הקסאמים, הינו ירי פגזים, לעבר האזורים מהם משוגרים הקסאמים, במטרה לפגוע במשגרי הקסאמים ולשבש את המשך השיגורים מאותם מקומות.

18. מטבע הדברים, מאחר שמדובר באמצעי מבצעי לא ניתן להרחיב ביתר פירוט באשר לאופי ולאופן הפעלתו, וביחס לשיקולים ולנסיבות שביסוד הפעלת אמצעי מבצעי זה. צה"ל מקפיד לאורך השנים שלא לחשוף את החוראות המבצעיות. הנהוגות בצבא, על מנת שלא לגלות לגורמים הפועלים כנגד מדינת ישראל ואזרחיה, מהי הדרך המבצעית בה יפעל הכוח הצבאי לשם הגנה על ביטחון המדינה. (לעניין זה, ראו בג"ץ 66/89 הליגה לזכויות האדם והאזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מד(2), 221).

עם זאת יודגש כי אופן ביצוע החלימה על-ידי צה"ל כפוף לכללים מסודרים ולהוראות מקצועיות, העולים בקנה אחד עם הדין הבין-לאומי הוראות אלה מיועדות להבטיח, מחד גיסא, פגיעה בגורמי הטרור ובמי שמסכנים את ביטחון אזרחי המדינה, ומאידך גיסא, למנוע, ככל הניתן בנסיבות החלימה, פגיעה באזרחים חפים מפשע (ראו בעניין זה בג"ץ 3022/02 שלע"ל).

כללים והוראות אלה נועדו להבטיח שימוש חוקי בירי הארטילרי, והעולה בקנה אחד עם הוראות דיני החלימה של המשפט הבין-לאומי. נתונים מפורטים יותר ימסרו לבית המשפט הנכבד, ככל שיהא בכך צורך, במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

19. במסגרת דיני החלימה של המשפט הבין לאומי, כוחות צה"ל פועלים ומונחים לפעול רק מקום שקיים צורך צבאי בפעילות (עקרון הצורך הצבאי), וכן תוך הקפדה על אבחנה בין

יעדים צבאיים לבין יעדים אזרחיים והימנעות מפגיעה באזרחים אגב הפעולה הצבאית, ככל הניתן, ומכל מקום הימנעות מפגיעה מופרזת ביחס ליתרון הצבאי המושג מן הפעולה (עקרונות האבחנה והפרופורציות).

אופן קביעת טווח הבטחון בכל נקודת זמן, בהתאם לעקרונות האמורים, תלוי בנסיבות צבאיות ומבצעיות קונקרטיות של הזמן והמקום ובשים לב לתאים המבצעיים והבטחוניים, ונתון לאחריות המפקדים הצבאיים בגזרה כזו או אחרת, בנסיבות הלחימה הקונקרטיות המתפתחות בשטח.

20. כך, בהקשר זמן, צה"ל תוקף אך ורק את השטחים מהם משוגרות רקטות הקסאם, כאשר תכלית התקיפה הינה פגיעה במשגרי רקטות הקסאם, ופגיעה ביכולת להמשיך ולשגרן לעבר ישראל, תוך שהוא נמנע, ככל הניתן בתנאי לחימה, מלמנע באוכלוסייה אזרחית שאינה מעורבת בלחימה.

21. בנוסף, במסגרת הבחינה האם לאשר ביצוע ירי פגזים כאמור, וטווח הביטחון שיוגדר לצורך כך, נבחן היתרון הצבאי הצפוי כתוצאה מירי הפגזים להגנה על חייהם של תושבי מדינת ישראל, אל מול הפגיעה העלולה להיגרם לאוכלוסייה האזרחית אגב כך, והכל בהתאם לעקרון הפרופורציות. במסגרת זאת נלקחות בחשבון מכלול הנסיבות הידועות, לרבות: מיקום השטחים מהם משוגרים רקטות הקסאם, הסכנה הטמונה באותן רקטות, החשש להימצאות אזרחים במקומות השליגור, החלופות המבצעיות לירי הארטילרי, קיומן של חלופות פוגעניות פחות ככל שקיימות בנסיבות העניין וכיוצא ב.

22. יצוין, כי בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי, במקרים בהם עלולים להיפגע אזרחים אגב ירי ארטילרי שמבצע צה"ל, הרי שכל האפשר, ניתנת אזהרה לאזרחים המצויים קרוב לאזור הפעילות, בין השאר, באמצעות כרזים שמופצים באותו אזור. במסגרת כרזים אלה נמסר לאוכלוסייה המקומית להתרחק ולא להימצא באזור בו מבוצע ירי רקטות הקסאם, על מנת שלא יפגעו.

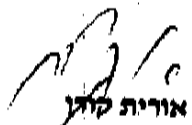
23. יודגש, כי מחויבותו של צה"ל לפעול לפי כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי, ובכללם דיני המלחמה והעקרונות שפורטו לעיל, ברלסת על-רקע פעולתם של גורמי הטרור הפלסטינים, אשר מפריס ברגל גסה כל נורמה משפטית ומוסרית (ראו למשל בסעיף 2 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 7015/02, עגזרי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית האח' (טרם פורסם); וכן פסק דינו של כבי השופט אנגלרד בבג"ץ 3451/02 שלעיל שעסק בהתבצרות הכוחות הפלסטיניים בכנסיית המולד). כך, רקטות הקסאם משוגרות מקרב אזור אזרחי צפון, אל עבר מטרות אזרחיות טהורות, באופן מכוונת לפגוע בחייהם של אזרחים חפים מפשע.

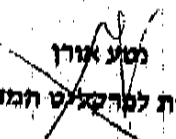
24. לא למותר להוסיף ולציין, כי מאז יציאת כוחות צה"ל מרצועת עזה, החלופות הצבאיות בהן ניתן לנקוט נגד ירי רקטות הי"קסאם" קטנו, שהרי אם עד כה יכלו כוחות צה"ל לפעול בתוך הרצועה, בין אם באמצעות כניסת פיזית למרחבי שיגור הקסאמים או למקומות סמוכים, ובין אם באמצעות מעצר ושפיטת פעילי הטרור המעורבים בירי, הרי שלאחר סיום הממשל הצבאי באזור, קיים קושי של ממש בביצוע פעולות אלו.

25. כמזעל יוצא מצמצום החלופות הצבאיות בהן ניתן לנקוט, במקרים רבים לא קיימת חלופה צבאית, אשר בכוחה להעניק לצה"ל את היתרון הצבאי המושג באמצעות ירי ארטילרי. כמו כן ככל שעוצמת האיום והצורך במותן מענה גדלים, נוכח התגברות תדירות השיגורים והאפקטיביות שלהם, גדל הצורך הצבאי בניטרול משגרי הקסאמים. אף לסוגיות אלה, משמעות בכל הנוגע לתנאי הפרופורציונאליות.

26. נוכח כל האמור לעיל, מבלי להיכנס לפירוט השיקולים המבצעיים בעניין, מסיבות כרוחות, יטענו המשיבים כי אמצעי זה עולה בקנה אחד עם דיני הלחימה: הוא מכוון למטרות צבאיות – אזורי שיגור רקטות הקסאם (עקרון הצורך הצבאי); מתקיימת אבחנה בין מטרת האזרחות לצבאיות ונעשה ניסיון לצמצם, ככל הניתן בתנאי מלחמה, את הפגיעה באוכלוסיה האזרחית, בה עושים גורמי הטרור שימוש ציני כ"מגן אנושי" (עקרון האבחנה); ולא נעשה שימוש באמצעי זה או אחר, אלא בהתאם לעקרון הפרופורציונאליות.

27. בנסיבות אלה, יטענו המשיבים כי דין העתירה להדחות על הסף ולגופה.

  
 אורית קורן  
 ממונה על ענייני בריצים  
 בפרקליטות המדינה

  
 מסע אורן  
 עוזרת למרשלת המדינה